

GRUPO I – CLASSE VII – Plenário

TC 025.664/2010-7

Natureza: Representação

Entidade: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT.

Interessada: Faroclean Administração de Serviços Gerais Ltda. (11.077.281/0001-05).

Advogado constituído nos autos: Josefina Serra dos Santos (OAB/DF nº 10.053).

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. LICITAÇÃO TIPO MENOR PREÇO. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE COPEIRAGEM. NATUREZA DE CESSÃO E LOCAÇÃO DE MÃO DE OBRA. INABILITAÇÃO DE LICITANTE VENCEDORA. SUPOSTA VIOLAÇÃO À VEDAÇÃO CONTIDA NA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/2006 (ART. 17). SIMPLES NACIONAL. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO LEGAL OU EDITALÍCIA PARA PARTICIPAÇÃO EM LICITAÇÃO PÚBLICA DE EMPRESA OPTANTE PELO REFERIDO REGIME TRIBUTÁRIO DIFERENCIADO. EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. COMPROVAÇÃO DE SOLICITAÇÃO. CONHECHIMENTO. PROCEDÊNCIA. ANULAÇÃO DO ATO IRREGULAR. COMUNICAÇÃO.

- As vedações descritas no art. 17 da Lei Complementar nº 123/2006 não constituem óbice à participação em licitação pública de empresa optante pelo Simples Nacional, desde que comprovada a não-utilização dos benefícios tributários do regime tributário diferenciado na proposta de preços e a solicitação de exclusão do referido regime.

RELATÓRIO

Adoto como Relatório a instrução da lavra do Auditor Federal lotado na 1ª Secretaria de Controle Externo – 1ª Secex, com a qual se puseram de acordo os dirigentes da unidade técnica:

“Trata-se de Representação trazida pela empresa FAROCLEAN ADMINISTRAÇÃO DE SERVIÇOS GERAIS LTDA., representada pela sua advogada, Sra. Josefina Serra dos Santos. A representante se insurge contra o Pregão Eletrônico nº 10000001/2010-CPL/AC, promovido pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) para a contratação de serviço de copeiragem com fornecimento de materiais.

1. Em suma, a representante contesta a apreciação de recurso administrativo interposto pela empresa Impacto – Eventos e Serviços Terceirizados S/S Ltda., o qual, reformando a decisão que havia julgado a empresa FAROCLEAN vencedora do certame, declarou-a inabilitada, com a posterior convocação da empresa recorrente, classificada em segundo lugar. Requereu-se, na

oportunidade, a suspensão do procedimento licitatório por meio de medida cautelar (fls. 1/9). A representante juntou ao processo os documentos que compõem o Anexo 2.

2. A decisão que julgou procedente o recurso fundamentou-se no posicionamento do departamento jurídico da ECT (DEJUR), no sentido de que “não é possível a participação da empresa FAROCLEAN ADMINISTRAÇÃO DE SERVIÇOS GERAIS LTDA na presente licitação, tendo em vista a vedação legal prevista no art. 17, inc. XII da Lei Complementar nº 123, bem como pelo fato desta não estar enquadrada nas exceções dispostas no §1º do mesmo dispositivo legal”.

*3. Em análise preliminar (fls. 10/12), não restou comprovada a existência do requisito **periculum in mora**, motivo pelo qual não foi concedida a medida cautelar solicitada. Entretanto, foi proposta a realização de oitiva junto à ECT visando obter informações sobre os fatos apontados na representação.*

4. Por meio do Despacho à fl. 14, o Ministro Relator determinou a oitiva da ECT e da empresa Impacto – Eventos e Serviços Terceirizados S/S Ltda., anterior 2ª colocada e nova arrematante do pregão. As oitivas foram promovidas, respectivamente, por meio dos Ofícios Nº 810/2010-TCU/SECEX-1 (fl. 16) e Nº 813/2010-TCU/SECEX-1 (fl. 15). A Estatal apresentou resposta, a qual compõe o Anexo 3 do processo. A empresa Impacto, entretanto, não se manifestou.

Resposta da ECT

5. Primeiramente, a ECT destaca que a inabilitação da empresa FAROCLEAN se deu após o assunto ser amplamente discutido pelas áreas competentes, quais sejam, Central de Operações Financeiras (CEOFI) e DEJUR, e após a realização de diligências junto à Receita Federal.

6. Segundo a ECT, a abertura do Pregão Eletrônico se deu em 12/4/2010, sagrando-se vencedora a empresa FAROCLEAN, a qual teve seus documentos de habilitação devidamente validados.

7. Em 6/5/2010, a empresa Impacto impetrou recurso contra o resultado do certame, sob a alegação de que a empresa FAROCLEAN, por ser optante do SIMPLES, estaria impedida de participar da licitação por força do disposto no art. 17 da Lei Complementar nº 123 de 2006 (fls. 311/316, Anexo 3, Volume 1).

8. Em 11/5/2010, a empresa FAROCLEAN apresentou suas contra-razões recursais sem, entretanto, fazer qualquer menção sobre sua situação fiscal (fls. 309/310, Anexo 3, Volume 1).

9. Em 12/5/2010, o recurso foi submetido à apreciação da CEOFI. Respondendo aos questionamentos da comissão de licitação, o departamento afirmou que o serviço de copeiragem, por se tratar de cessão de mão de obra, estaria abarcado na vedação prevista no art. 17, XII, da Lei Complementar nº 123 de 2006. Ou seja, empresa que realize tal serviço não poderia recolher impostos na forma do SIMPLES.

10. A CEOFI afirmou, também, que a competência para determinar a inclusão ou a exclusão de empresas no sistema de tributação do SIMPLES pertence aos órgãos especificados no art. 2º da referida lei complementar. Afirmou, ainda, que uma empresa enquadrada no SIMPLES não poderia optar pela forma de tributação de acordo com o evento praticado, no momento da emissão de suas faturas. E concluiu que, de acordo com o art. 7º da LC, a opção pelo SIMPLES seria irretratável para todo o ano-calendário (fls. 293/296, Anexo 3, Volume 1).

11. A comissão de licitação considerou que a manifestação da CEOFI não subsidiava a decisão da Pregoeira e que o recurso deveria ser submetido à apreciação da área jurídica. O DEJUR entendeu que, num primeiro momento, não seria recomendável julgar ilegal o enquadramento da empresa FAROCLEAN no SIMPLES e solicitou a realização de diligência junto ao órgão tributário federal.

12. De posse das informações obtidas junto à Receita Federal, o departamento jurídico, mediante manifestação de fls. 180/208, Anexo 3, aduziu que a empresa FAROCLEAN solicitou sua exclusão do SIMPLES, por opção, em 7/6/2010, sendo que, de acordo com a legislação, esta exclusão terá efeito somente a partir de 31/12/2010. Tal informação foi confirmada por meio da certidão apresentada pela própria licitante em 22/7/2010. Assim, no momento da licitação, a FAROCLEAN ainda não estava excluída do regime simplificado de tributação. O DEJUR emitiu, então, o posicionamento conclusivo de que não seria possível a participação desta empresa na licitação.

13. O DEJUR trouxe à baila quatro manifestações do TCU que embasaram seu posicionamento. A primeira refere-se a excerto do Edital do Pregão Eletrônico nº 26/2009, promovido por este Tribunal, que assim dispõe: “Em razão de tal situação, nas licitações públicas que envolvam terceirização de serviços não podem participar microempresas ou empresas de pequeno porte que sejam optantes do Simples Nacional, pois elas sequer podem ter como objeto social a prestação de serviços terceirizados. Dessa forma, convém inserir nos editais de licitações de terceirizações de serviços, cujo objeto não se inclua entre as exceções do §1º do artigo 17 da Lei Complementar nº 123/2006, a proibição de participação dessas empresas” (fl. 8, Anexo 3).

14. Em seguida, o DEJUR cita trecho do Relatório do Acórdão 607/2008-Plenário: “a Laser Comércio e Serviços Ltda. ME realiza atividades de locação de mão de obra, o que constitui uma vedação ao seu ingresso no Simples Nacional, nos termo da mencionada lei complementar”.

15. Cita-se, também trecho do Relatório referente ao Acórdão 1231/2008-Plenário: “O art. 17 da Lei Complementar 123/2006, no qual a representante fundamenta seu argumento, simplesmente estabelece que microempresas e empresas de pequeno porte, que realizam cessão ou locação de mão-de-obra, não podem aderir ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional”.

16. O DEJUR cita, por fim, trecho do Voto referente ao Acórdão 3075/2008-Plenário: “A Lei Complementar veda a participação de pessoas jurídicas que realizem cessão ou locação de mão de obra, entretanto, autoriza expressamente que pessoas jurídicas prestadoras de serviços de limpeza, conservação e vigilância optem por esse regime de tributação (art. 17, inciso XII e § 1º, inciso XXVII). O Comitê Gestor de Tributação das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, em 30 de maio de 2007, editou a Resolução CGSN nº 004 que, em seu art. 12, § 3º, inciso XXVI, permite a opção pelo SIMPLES por parte de pessoas jurídicas que prestem serviços de vigilância, limpeza e conservação”.

17. A ECT informou, ainda, que a empresa FAROCLEAN apresentou outros dois documentos. O primeiro referente à nota fiscal de serviços prestados ao Ministério Público do Distrito Federal e Territórios referentes ao Contrato 021/DG/MPDFT/2010, que trata de serviços de copeiragem e garçonaria. O segundo documento refere-se à declaração que a empresa FAROCLEAN fez ao MPDFT sobre seu comprometimento em informar à Receita Federal o seu desenquadramento do SIMPLES (fl. 268, Anexo 3, Volume 1).

18. Após o recebimento desses documentos, em 29/7/2010, a Pregoeira concedeu prazo para a empresa FAROCLEAN apresentar documentação comprobatória de sua atual situação tributária perante a Receita Federal. Em 3/8/2010, a licitante encaminhou declaração reafirmando sua exclusão, por opção, do regime tributário SIMPLES, cujo efeito se processaria a partir do ano calendário subsequente (fls. 261/264, Anexo 3, Volume 1).

19. Dessa forma, compulsando os elementos dispostos acima, a comissão de licitação julgou procedente o recurso administrativo, inabilitando a empresa FAROCLEAN para a participação no pregão eletrônico (fls. 161/179, Anexo 3).

20. Com a inabilitação, a empresa FAROCLEAN ingressou com representação com pedido de efeito suspensivo perante a comissão permanente de licitação. O pedido de efeito suspensivo foi

indeferido pela ECT, sendo que a análise do mérito não foi processada, tendo em vista a formulação da presente representação perante o TCU.

Análise

21. O art. 17, XII, da Lei Complementar nº 123, de 2006, presente na Seção II, Das Vedações ao Ingresso no Simples Nacional, assim dispõe:

“Art. 17. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou a empresa de pequeno porte:

(...)

XII - que realize cessão ou locação de mão de obra;”

22. Essa regra permite uma exceção, prevista no art. 18, § 5º-C, VI, da mesma Lei, o qual excetua os serviços de vigilância, limpeza e conservação.

23. Já a Seção VIII da Lei cuida do regime de exclusão do Simples Nacional, cabendo, aqui sua transcrição parcial (destaques nossos):

“Art. 28. A exclusão do Simples Nacional será feita de ofício ou mediante comunicação das empresas optantes.

Parágrafo único. As regras previstas nesta seção e o modo de sua implementação serão regulamentados pelo Comitê Gestor.

Art. 29. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando:

I - verificada a falta de comunicação de exclusão obrigatória;

(...)

Art. 30. A exclusão do Simples Nacional, mediante comunicação das microempresas ou das empresas de pequeno porte, dar-se-á:

I - por opção;

II - obrigatoriamente, quando elas incorrerem em qualquer das situações de vedação previstas nesta Lei Complementar;

(...)

§ 1º A exclusão deverá ser comunicada à Secretaria da Receita Federal:

I - na hipótese do inciso I do caput deste artigo, até o último dia útil do mês de janeiro;

II - na hipótese do inciso II do caput deste artigo, até o último dia útil do mês subsequente àquele em que ocorrida a situação de vedação;

(...)

Art. 31. A exclusão das microempresas ou das empresas de pequeno porte do Simples Nacional produzirá efeitos:

I - na hipótese do inciso I do caput do art. 30 desta Lei Complementar, a partir de 1º de janeiro do ano-calendário subsequente, ressalvado o disposto no § 4º deste artigo;

II - na hipótese do inciso II do caput do art. 30 desta Lei Complementar, a partir do mês seguinte da ocorrência da situação impeditiva;

(...)

Art. 32. As microempresas ou as empresas de pequeno porte excluídas do Simples Nacional sujeitar-se-ão, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.”

24. Nessa esteira, o art. 3º, § 3º, da Resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN) nº 15, de 2007, dispõe que a falta de comunicação, quando obrigatória, nos prazos determinados, sujeitará a microempresa e a empresa de pequeno porte a multa correspondente a 10% (dez por cento) do total de impostos e contribuições devidos de conformidade com o Simples Nacional no mês que anteceder o início dos efeitos da exclusão, ou do impedimento, não inferior a R\$ 500,00 (quinhentos reais), insusceptível de redução.

25. Tendo em vista o arcabouço legal retromencionado, passemos à análise dos fatos objeto desta representação.

26. Em nenhum momento a Lei Complementar nº 123 proíbe a participação de microempresas e de empresas de pequeno porte, optantes pelo Simples Nacional, em licitações públicas que tenham como objeto a contratação de serviços que incidam nas vedações previstas em seu art. 17.

27. Caso uma empresa, optante pelo Simples Nacional, tenha o interesse em passar a executar serviço que coincida com uma das vedações à utilização do Simples Nacional, o procedimento a ser adotado consiste na comunicação, obrigatória, à Receita Federal, até o último dia do mês subsequente àquele em que ocorrida a situação de vedação. Nesse caso, a exclusão terá efeito a partir do mês seguinte ao da ocorrência da situação impeditiva.

28. Tal disposição nos leva ao entendimento de que, num primeiro momento, a empresa inicia a execução do serviço tido como vedação ao recolhimento de impostos nos moldes do Simples Nacional, para, depois, realizar a comunicação à Receita Federal, sob pena de, não o fazendo, ter sua exclusão processada de ofício e ser condenada ao pagamento de multa.

29. A despeito de a empresa FAROCLEAN ter realizado a comunicação de exclusão do Simples Nacional na forma do inc. I, do art. 30 da Lei, ou seja, por opção, a qual só tem efeito a partir do ano calendário subsequente, no caso de a empresa iniciar a execução de serviços tidos como vedação à utilização do Simples Nacional, ela será obrigatoriamente excluída deste regime de tributação, seja por comunicação, seja de ofício.

30. No caso em tela, verifica-se que a empresa FAROCLEAN já vem executando o serviço de copeiragem em outro órgão da administração pública, desde 1/7/2010, data da assinatura do Contrato 021/DG/MPDFT/2010. Dessa forma, ela teria até o término do mês de agosto de 2010 para realizar a comunicação obrigatória de exclusão do Simples Nacional, sem incorrer na multa prevista na Resolução CGSN nº 15, de 2007.

31. Quanto aos entendimentos citados pela ECT como sustentadores da decisão de inabilitar a empresa FAROCLEAN, esclarece-se que a proibição inserta no Termo de Referência do Edital do Pregão nº 26/2009, promovido pelo TCU, não reflete o posicionamento desta Corte, nem o posicionamento mais recente da Secretaria de Licitações, Contratos e Patrimônio do TCU (Selip).

32. Como medida de prudência e precaução, considera-se correta a inserção em editais de disposições no sentido de que a licitante, optante pelo Simples Nacional, que venha a ser contratada, não poderá beneficiar-se da condição de optante e estará sujeita à exclusão obrigatória do Simples Nacional a contar do mês seguinte ao da contratação em consequência do que dispõem o art. 17, inciso XII, o art. 30, inciso II e o art. 31, inciso II, da Lei Complementar nº 123.

33. Considera-se correta, também, a inserção da obrigação de a contratada apresentar cópia dos ofícios, com comprovantes de entrega e recebimento, comunicando a assinatura do contrato de prestação de serviços mediante cessão de mão de obra (situação que gera vedação à opção pelo

Simples Nacional) às respectivas Secretarias Federal, Estadual, Distrital e/ou Municipal, no prazo previsto no art. 30, § 1º, inc. II, da Lei Complementar nº 123, de 2006.

34. No caso de a empresa contratada não realizar a comunicação, o próprio ente público, em obediência ao princípio da probidade administrativa, deve se incumbir de efetuar a comunicação à Receita Federal, para que esta proceda à exclusão de ofício, conforme disposto no art. 29, inc. I, da referida Lei Complementar.

35. No que tange aos Acórdãos 607/2008-Plenário, 1231/2008-Plenário e 3075/2008-Plenário, citados pela ECT, essas deliberações não contém nenhuma disposição no sentido de proibir a participação de empresas optantes pelo Simples Nacional em licitações públicas que tenham como objeto serviços incluídos entre as vedações do art. 17 da Lei Complementar nº 123.

36. Conclui-se, então, que, se a empresa FAROCLEAN elaborou sua proposta comercial sem utilizar os benefícios tributários do Simples Nacional, não há óbice em sua participação no Pregão Eletrônico nº 10000001/2010-CPL/AC nem em sua contratação pela ECT.

37. Conclui-se, também, que, apesar da irregularidade cometida, o presente caso não comporta a aplicação de sanção, visto que os atos praticados cercaram-se de bastante cautela por parte dos departamentos da ECT envolvidos.

Proposta de encaminhamento

38. Diante do exposto, submetem-se os autos à consideração superior propondo:

a) conhecer da representação, nos termos do art. 237, inciso VII, do RI/TCU c/c art. 113, § 1º, da Lei nº 8.666, de 1993;

b) no mérito, considerar a representação procedente;

c) nos termos do art. 45 da Lei 8.443/92, determinar à ECT que adote as providências necessárias no sentido de anular o ato que desclassificou a licitante FAROCLEAN ADMINISTRAÇÃO DE SERVIÇOS GERAIS LTDA do Pregão Eletrônico nº 10000001/2010-CPL/AC e todos os atos subsequentes, a fim de retornar o processo licitatório a partir da habilitação desta e das demais empresas qualificadas;

d) comunicar à representante e à ECT a decisão que vier a ser proferida no presente processo.”

É o Relatório.

VOTO

Aprecia-se Representação formulada pela empresa Faroclean Administração de Serviços Gerais Ltda. contra ato praticado pela Pregoeira Oficial da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, no âmbito de pregão eletrônico destinado à contratação da prestação de serviços de copeiragem com fornecimento de materiais/produtos destinados ao atendimento dos diversos órgãos que compõem a Administração Central da ECT – Brasília/DF.

2. No tocante à admissibilidade, uma vez atendidos os requisitos atinentes à espécie e ante o que dispõe o art. 113, § 1º, da Lei nº 8.666, de 1993, entendo que a presente Representação deve ser conhecida, passando-se ao exame de mérito.

3. Resumidamente, insurge-se a empresa Faroclean contra a decisão proferida pela Pregoeira que, em sede de recurso administrativo interposto pela empresa Impacto – Eventos e Serviços

Terceirizados Ltda., reformou sua decisão inicial, que havia declarado a empresa representante vencedora e inabilitou-a do certame.

4. A decisão foi motivada pelo entendimento de que, em face da vedação contida no art. 17, inciso XII, da Lei Complementar nº 123/2006, a empresa Faroclean, por ser optante do Simples Nacional, não poderia participar da licitação, tendo em vista a natureza dos serviços licitados, ou seja, cessão e locação de mão de obra. Eis teor da norma:

“Art. 17. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou a empresa de pequeno porte:

(...)

XII - que realize cessão ou locação de mão de obra;”

5. Em cumprimento ao Despacho por mim exarado à fl. 14 do vol. principal, a 1ª Secex promoveu a oitiva prévia da ECT e da empresa Impacto, classificada em segundo lugar na fase de lances e arrematante do certame. Devidamente notificada, esta última empresa manteve-se silente. A ECT apresentou os esclarecimentos e elementos constantes do anexo 3 do presente processo.

6. Conforme Relatório precedente, após detida análise da resposta da ECT, a unidade técnica concluiu que, apesar de a irregularidade apurada não ensejar a aplicação de sanção aos responsáveis, restou configurada a inabilitação indevida da empresa Faroclean do certame, tendo em vista não haver óbice à sua participação na licitação nem à respectiva contratação pela ECT.

7. Por entender apropriadas as conclusões do exame empreendido, ponho-me, desde logo, em concordância com o encaminhamento alvitrado pela unidade instrutiva, sem prejuízo, no entanto, de tecer algumas considerações adicionais, em reforço de tese.

8. O deslinde da questão perpassa pela análise dos seguintes pontos, quais sejam: a possibilidade de participação da empresa optante do Simples Nacional da licitação e a data de início dos efeitos da exclusão do referido regime tributário.

9. Quanto ao primeiro ponto, em que pese os serviços licitados – copeiragem – enquadrarem-se na vedação legal do art. 17 da Lei Complementar nº 123/2006, porquanto considerados cessão ou locação de mão-de-obra, não podendo, assim, a empresa contratada desfrutar dos benefícios do Simples Nacional, isso, no entanto, não constitui óbice à participação em licitação pública, pois, consoante destacou a unidade técnica, a Lei Complementar nº 123/2006 não faz qualquer proibição nesse sentido, tampouco a Lei de Licitações.

10. Da mesma forma, observo que o edital da licitação nada estabelecia quanto à impossibilidade de empresa optante pelo Simples Nacional participar da licitação. Ao contrário, as disposições do edital da licitação (fls. 3-13, anexo 2) dão a entender tal possibilidade, a exemplo do item 8.9, referente à seção da “Habilitação”:

“8.9. A licitante ME/EPP, beneficiada pelo regime diferenciado e favorecido da Lei Complementar 123/06, deverá apresentar toda a documentação exigida para habilitação, mesmo havendo alguma restrição na regularidade fiscal.”

11. Desse modo, inexistindo vedação legal, o caminho a ser trilhado por empresa optante pelo Simples Nacional que eventualmente passe a executar serviços para Administração, mas que se enquadre nas hipóteses vedadas pela lei, seria, como sugerido pela unidade técnica, a comunicação, obrigatória, à Receita Federal da situação ensejadora da exclusão do regime diferenciado, sob pena das sanções prevista na legislação tributária.

12. Na espécie, como sobejamente demonstram os autos, a empresa Faroclean solicitou à Receita Federal sua exclusão do Simples Nacional, apresentando, ainda, comprovação documental de que tinha adotado providência semelhante junto ao Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, local em que também presta serviço, o que, aliás, corrobora o entendimento de que a sua condição de optante pelo referido regime tributário não constitui impedimento para a participação na licitação.

13. Em relação ao teor do Edital do Pregão Eletrônico nº 26/2009, promovido pela área administrativa deste Tribunal, verifica-se que, de fato, consta dele orientação no sentido da vedação de participação em licitações de empresas optantes do Simples Nacional que envolvam terceirização de serviços, contrariamente, portanto, ao ponto de vista que acima se defendeu.

14. Todavia, como bem pontuou a instrução, tal entendimento não reflete o posicionamento da Corte sobre o tema, nem mesmo dos precedentes colacionados pela ECT (Acórdãos 607/2008, 1231/2008, 3075/2008, todos do Plenário), os quais apenas afirmam que as empresas que realizam cessão ou locação não podem aderir ao regime diferenciado do Simples Nacional. Essa circunstância, no entanto, deve ser levada em conta na avaliação da conduta dos responsáveis da ECT, de modo a caracterizar a ausência de má-fé, já que se fiaram em procedimento equivocado deste Tribunal.

15. Em relação ao segundo ponto acima aventado, ou seja, a data de início dos efeitos da exclusão do referido regime tributário, considero que essa tenha sido a causa determinante para a inabilitação da empresa representante por parte da ECT. Não sem razão, instada a comprovar a sua situação tributária perante a Receita Federal, a empresa Faroclean, em que pese comprovar a solicitação de exclusão do regime do Simples Nacional, não demonstrou que a mesma teria efeito imediato, mas somente a partir de 31/12/2010, conforme documento de fl. 267, Anexo 3, vol. 1.

16. Há que se considerar, porém, que, a teor do que dispõe os arts. 28, 29 e 30 da Lei Complementar nº 123/2006, dependendo da forma pela qual se materializa a exclusão do Simples Nacional, essa terá implicações distintas quanto aos seus efeitos. Conforme explicitado pela unidade técnica, no caso de opção pela exclusão, a data de vigência dos efeitos se dá a partir de 1º janeiro do ano-calendário subsequente. Já no caso de incidência das vedações, a empresa é excluída a partir do mês seguinte à ocorrência da situação impeditiva.

17. Para melhor compreensão dos fatos, transcrevo o texto da lei:

“Art. 28. A exclusão do Simples Nacional será feita de ofício ou mediante comunicação das empresas optantes.

Parágrafo único. As regras previstas nesta seção e o modo de sua implementação serão regulamentados pelo Comitê Gestor.

Art. 29. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando:

I - verificada a falta de comunicação de exclusão obrigatória;

(...)

Art. 30. A exclusão do Simples Nacional, mediante comunicação das microempresas ou das empresas de pequeno porte, dar-se-á:

I - por opção;

II - obrigatoriamente, quando elas incorrerem em qualquer das situações de vedação previstas nesta Lei Complementar;

(...)

§ 1º A exclusão deverá ser comunicada à Secretaria da Receita Federal:

I - na hipótese do inciso I do caput deste artigo, até o último dia útil do mês de janeiro;

II - na hipótese do inciso II do caput deste artigo, até o último dia útil do mês subsequente àquele em que ocorrida a situação de vedação;

(...)

Art. 31. A exclusão das microempresas ou das empresas de pequeno porte do Simples Nacional produzirá efeitos:

I - na hipótese do inciso I do caput do art. 30 desta Lei Complementar, a partir de 1º de janeiro do ano-calendário subsequente, ressalvado o disposto no § 4º deste artigo;

II - na hipótese do inciso II do caput do art. 30 desta Lei Complementar, a partir do mês seguinte da ocorrência da situação impeditiva;

(...)

Art. 32. As microempresas ou as empresas de pequeno porte excluídas do Simples Nacional sujeitar-se-ão, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.” (grifos do original)

18. No caso em apreço, talvez inadvertidamente, a empresa Faroclean solicitou sua exclusão do Simples Nacional via “opção”, o que, conseqüentemente, só gera efeitos a partir de 31/12/2010, permanecendo a empresa até lá no regime diferenciado, não obstante já tenha incorrido na vedação prevista na lei desde o momento em que começou a prestar serviços para o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Isso, contudo, não é motivo para penalizar a empresa, tolhendo-a de participar ou contratar com a Administração.

19. Ora, as pequenas empresas e as empresas de médio porte optam justamente pelo regime diferenciado do Simples Nacional para livrar-se de encargos tributários que não podem suportar ou que prejudicam o seu funcionamento, não sendo razoável exigir delas a exclusão do regime diferenciado apenas para participar da licitação, quando ainda há uma longínqua expectativa de contratação.

20. É o caso dos autos, pois, iniciada a licitação em 12/4/2010 e inconclusa até a presente data, acaso não tivesse prestando serviços no MPDFT, a empresa Faroclean estaria arcando com tributos do regime comum tão-somente para participar da licitação, em clara contraposição ao objetivo do legislador de estimular o acesso aos mercados nas contratações da Administração Pública, a teor do que dispõe o Capítulo V – Acesso aos mercados – da própria Lei Complementar nº 123/2006.

21. Cumpre assinalar que, no entendimento da 1ª Secex, o enquadramento da exclusão da empresa Faroclean do Simples Nacional foi equivocado. Se a exclusão tivesse se fundamentado no inc. II do art. 30 da Lei Complementar n.º 123/2006, ou seja, na ocorrência de vedação imposta pela Lei, a situação já estaria regularizada perante a Receita Federal, conforme excerto transcrito a seguir:

“29. A despeito de a empresa FAROCLEAN ter realizado a comunicação de exclusão do Simples Nacional na forma do inc. I, do art. 30 da Lei, ou seja, por opção, a qual só tem efeito a

partir do ano calendário subsequente, no caso de a empresa iniciar a execução de serviços tidos como vedação à utilização do Simples Nacional, ela será obrigatoriamente excluída deste regime de tributação, seja por comunicação, seja de ofício.

No caso em tela, verifica-se que a empresa FAROCLEAN já vem executando o serviço de copeiragem em outro órgão da administração pública, desde 1/7/2010, data da assinatura do Contrato 021/DG/MPDFT/2010. Dessa forma, ela teria até o término do mês de agosto de 2010 para realizar a comunicação obrigatória de exclusão do Simples Nacional, sem incorrer na multa prevista na Resolução CGSN nº 15, de 2007.”

22. Em que pese concordar com a unidade técnica de que o fundamento da exclusão da empresa Faroclean não seja via “opção”, mas sim pela situação descrita no inciso II do art. 30 da Lei Complementar nº 123/2006, entendo que esta questão, por ser de natureza eminentemente tributária, refoge à competência deste Tribunal, cabendo, assim, à autoridade tributária, no caso a Receita Federal do Brasil.

23. A meu ver, o que importa, neste momento, é saber se a empresa Faroclean Ltda. gozou de algum benefício tributário que a privilegiou durante a licitação, de modo a afastar o princípio da isonomia que regem as licitações.

24. Não é caso dos autos, pois, além da declaração da empresa de que sua proposta não apresenta os benefícios tributários do Simples Nacional, lembro que a própria ECT reconheceu essa situação, conforme excerto que reproduzo dos esclarecimentos apresentados pela entidade:

“5.4. Em razão da validação das planilhas apresentadas pela arremante do lote, em 05/5/2010, a Pregoeira respondeu à empresa IMPACTO, também por meio do chat de mensagem, que de acordo com a LC 123/2006, o que era vedado às empresas de Pequeno Porte que realizam cessão de mão-de-obra de copeira era o recolhimento na forma do Simples Nacional, sendo que, de acordo com as planilhas apresentadas pela empresa FAROCLENA o recolhimento tinha incidido sobre 72,57%, não sendo, portanto, utilizada a forma de tributação pelo Simples Nacional.” (grifei)

25. Com essas considerações, na linha proposta pela unidade técnica deste Tribunal, julgo que a presente Representação deve ser considerada procedente, para se determinar à ECT a adoção das providências necessárias no sentido de proceder a anulação do ato inquinado de irregular, sem prejuízo de incorporar ao texto da deliberação as recomendações sugeridas no bojo da instrução da unidade técnica e dar ciência da presente deliberação à Receita Federal do Brasil.

Ante o exposto, VOTO no sentido de que o Tribunal adote o Acórdão que ora submeto a este Plenário.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 20 de outubro de 2010.

JOSÉ JORGE

Relator

ACÓRDÃO Nº 2798/2010 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 025.664/2010-7.
2. Grupo I – Classe VII – Assunto: Representação.
3. Interessado: Faroclean Administração de Serviços Gerais Ltda (11.077.281/0001-05).
4. Entidade: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT.
5. Relator: Ministro José Jorge.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade técnica: 1ª Secretaria de Controle Externo – 1ª Secex.
8. Advogado constituído nos autos: Josefina Serra dos Santos (OAB/DF nº 10.053).

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos que tratam de Representação formulada pela empresa Faroclean Administração de Serviços Gerais Ltda. contra ato praticado pela Pregoeira Oficial da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, no âmbito de pregão eletrônico destinado à contratação da prestação de serviços de copeiragem com fornecimento de materiais/produtos destinados ao atendimento dos diversos órgãos que compõem a Administração Central da ECT – Brasília/DF.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. com fundamento no art. 113, § 1º, da Lei n.º 8.666, de 1993, c/c o art. 237, inciso VII, do Regimento Interno do TCU, conhecer da Representação, para, no mérito, considerá-la procedente;

9.2. com fundamento no art. 71, inciso IX, da Constituição Federal, c/c o art. 45 da Lei nº 8.443, de 1992, determinar à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos/Administração Central a adoção das providências necessárias no sentido de anular o ato que desclassificou a licitante Faroclean Administração de Serviços Ltda. do Pregão Eletrônico nº 10000001/2010-CPL/AC e todos os atos subsequentes, a fim de retornar o processo licitatório a partir da habilitação desta e das demais empresas qualificadas;

9.3. recomendar à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos/Administração Central que, nos próximos certames, caso julgue conveniente:

9.3.1. faça incluir nos editais disposição no sentido de que a licitante, optante pelo Simples Nacional, que venha a ser contratada, não poderá beneficiar-se da condição de optante e estará sujeita à exclusão obrigatória do Simples Nacional a contar do mês seguinte ao da contratação em consequência do que dispõem o art. 17, inciso XII, o art. 30, inciso II e o art. 31, inciso II, da Lei Complementar nº 123;

9.3.2. faça incluir nos editais disposição no sentido de obrigar a contratada apresentar cópia do ofício, com comprovante de entrega e recebimento, comunicando a assinatura do contrato de prestação de serviços mediante cessão de mão de obra (situação que gera vedação à opção pelo Simples Nacional) à Receita Federal do Brasil, no prazo previsto no art. 30, § 1º, inc. II, da Lei Complementar nº 123, de 2006;

9.4. dar ciência do presente do Acórdão, acompanhado do Voto e Relatório que o fundamentam, à empresa representante, à empresa Impacto Ltda. e à Receita Federal do Brasil para, neste último caso, a adoção das providências que julgar cabíveis em relação à situação cadastral da empresa Faroclean Ltda. no regime tributário Simples Nacional;

9.5. arquivar os autos.

10. Ata nº 39/2010 – Plenário.
11. Data da Sessão: 20/10/2010 – Ordinária.
12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2798-39/10-P.

13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: Ubiratan Aguiar (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Raimundo Carreiro, José Jorge (Relator) e José Múcio Monteiro.

13.2. Auditores convocados: Augusto Sherman Cavalcanti, Marcos Bemquerer Costa, André Luís de Carvalho e Weder de Oliveira.

(Assinado Eletronicamente)
UBIRATAN AGUIAR
Presidente

(Assinado Eletronicamente)
JOSÉ JORGE
Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)
PAULO SOARES BUGARIN
Procurador-Geral, em exercício